

# TE OGH 2005/7/11 70b295/04i

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 11.07.2005

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schalich als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schaumüller, Dr. Hoch und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Mathilde K\*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Wetzl & Partner, Rechtsanwälte in Steyr, gegen die beklagte Partei A\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Sattlegger, Dorninger, Steiner & Partner, Anwaltssozietät in Linz, wegen EUR 18.000, über die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht vom 6. Juli 2004, GZ 4 R 109/04h-18, womit das Urteil des Landesgerichtes Linz vom 29. März 2004, GZ 15 Cg 81/03k-11, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Revision der klagenden Partei wird zurückgewiesen.

Der Revision der beklagten Partei wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahingehend abgeändert, dass die Entscheidung des Erstgerichtes wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit EUR 3.638,07 (darin enthalten EUR 429,51 USt und EUR 1.061 Barauslagen) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte schloss mit der K\*\*\*\*\* KEG (im Folgenden: Firma K\*\*\*\*\*) einen Vertrag über die Fertigung und Lieferung von Edelstahl-Displays (= Austellungskonsolen aus rostfreiem Blech für Armbanduhren) nach einem Muster. Die Uhrenpräsentationsdisplays wurden in zwei Etappen geliefert und am 3. 4. 2002 in Rechnung gestellt, aber nicht bezahlt.

Mit der vorliegenden Klage begeht die Klägerin EUR 18.000 sA aus der daraus resultierenden an sie zedierten (Kaufpreis-)Forderung der insolventen Firma K\*\*\*\*\*, in eventu die Herausgabe der „von der Firma K\*\*\*\*\* gelieferten klagsgegenständlichen Waren laut Lieferschein Beilage ./C“. Ein Mitarbeiter der Beklagten habe die mängelfreie Entgegennahme der Ware auf einem Gegenschein bestätigt. Eine mündliche Mängelrüge sei niemals erfolgt. Die schriftliche, erst eineinhalb Monate nach Rechnungslegung erhobene Mängelrüge sei verspätet.

Die Beklagte beantragte Klagsabweisung. Da sie mit der Klägerin nie in Rechtsbeziehung gestanden sei, fehle dieser die Aktivlegitimation. Mit der Firma K\*\*\*\*\* sei die Fertigung der Uhrenpräsentationsdisplays in der Qualität eines Musters der Firma L\*\*\*\*\* vereinbart gewesen, wonach die Werkstücke lasergeschnittene Bohrlöcher und eine spezielle Abkantung hätten aufweisen müssen. Die gelieferten Stücke seien hingegen mehr oder weniger gebogen gewesen und

hätten von Hand gebohrte, ungenaue Löcher aufgewiesen, was das vorgesehene Anbringen der Kunststoffhalterungen für die Uhrenspangen unmöglich gemacht habe. Die Oberflächen seien zum Teil schwer beschädigt gewesen. Bei der Anlieferung sei nur die richtige Anzahl der Displays bestätigt worden, nicht aber deren Mängelfreiheit. Sofort nach Prüfung der gelieferten Waren, die nicht der vereinbarten Leistung entsprachen, sei deren Mängelhaftigkeit bei der Firma K\*\*\*\*\* mündlich gerügt worden. Bei den gelieferten Displays handle es sich um ein nicht genehmigungsfähiges aliud, welches nur irrtümlich an den Kunden der Beklagten weitergesandt worden sei. Die Firma K\*\*\*\*\* habe nämlich angesichts der vereinbarten Laserschnitte, Laserbohrungen und CNC-Biegungen sowie der entfernbarer (Plastik-)Stöppel gewusst bzw wissen müssen, dass die von ihr gelieferte Ware für die Beklagte unbrauchbar und wertlos sei. Außerdem wandte die Beklagte eine Schadenersatzforderung an frustrierten Transportkosten für die Lieferung an den Kunden nach Saudiarabien kompensando gegen die Klagsforderung ein.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Über dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinaus traf es noch folgende Feststellungen:

Die Beklagte beauftragte die Firma K\*\*\*\*\*, Uhrendisplays aus Edelstahl zu fertigen. Bei der Auftragserteilung, die von Ante S\*\*\*\*\* [einem Mitarbeiter der Firma K\*\*\*\*] vermittelt und verhandelt worden war, wurde der Firma K\*\*\*\*\* ein Muster der Firma L\*\*\*\*\* übermittelt, nach welchem die gegenständlichen Displays nachgebaut werden sollten. Dieses Muster war lasergeschnitten, auch die Löcher waren lasergeschnitten und die Biegungen waren CNC-gebogen. Die Bohrungen hatten genau 7,2 mm Durchmesser. Darin sollten Plastikteile (Stöpsel) hineingesteckt werden, die als Halterung für das Gestell für die jeweilige Uhr dienten. Zwischen der Edelstahlplatte und der Uhr befand sich noch eine geklebte Kautschukmatte.

Vertragsgegenstand war das Muster der „Firma K\*\*\*\*\*“ [gemeint: der Firma L\*\*\*\*]. Ausdrücklich vereinbart wurde auch, dass die Fertigung der Displays genauso zu erfolgen hatte, wie bei dem Muster, also CNC-gebogen und mit Laser geschnitten. Die Firma K\*\*\*\*\* verfügte allerdings nicht über die Ausrüstung für Laser-Schnitte. Gewöhnlich ließ die Firma K\*\*\*\*\* solche Laser-Schnitte bei der Firma Ke\*\*\*\* in Bad Hall durchführen. In diesem Fall ist dies allerdings nicht geschehen. Die [gegenständlichen] Displays der Firma K\*\*\*\*\* sind mit einer Schlagschere geschnitten und händisch gebogen, weshalb sie nicht die Präzision des Musters der Firma L\*\*\*\*\* aufweisen. Die Löcher sind nicht laser-geschnitten, sondern händisch gebohrt. Aus diesem Grund sind die Löcher teilweise zu groß und teilweise zu klein. Es sind daher von der Firma K\*\*\*\*\* die Plastikteile entweder hineingeklopft oder mit einem Superkleber verleimt worden. Dadurch wird allerdings genau der Zweck dieser Löcher vereitelt, weil man nun die Uhren nicht mehr befestigen und auch nicht mehr variabel verschieben kann, wenn man die Kautschukmatte aufklebt. Am Boden des Gestells sollten Kautschukmatten liegen, durch die die Stöpsel hindurch und in das untere Bohrloch gesteckt werden. Das war nicht mehr möglich, weil die Stöpsel eingeklebt waren.

Ante S\*\*\*\*\* lieferte die fertigen Produkte in zwei Etappen an die Beklagte. Die erste Lieferung erfolgte an die Adresse [der Beklagten] I\*\*\*\*\* bei strömendem Regen, wobei die Produkte in Bananenschachteln auf einer offenen Ladefläche transportiert worden waren. Die erste Lieferung, nämlich 150 Stück Displays wurde von Martin W\*\*\*\* übernommen und auf dem Lieferschein Beilage ./C unterzeichnet. Der Geschäftsführer der Beklagten war zu diesem Zeitpunkt nicht anwesend, untersuchte jedoch am gleichen Tag die Ware und stellte fest, dass sie nicht dem Muster der Firma L\*\*\*\*\* entsprach und für den Verwendungszweck untauglich war. Er rief daraufhin sofort Ante S\*\*\*\*\* an, teilte ihm die Mängel mit und wies seine Mitarbeiter an, die Ware nicht zu versenden. Ante S\*\*\*\*\* leitete die Mängelrüge an Franz Ker\*\*\*\* weiter, welcher ihm trotzdem auftrug die restlichen Stücke zu liefern. Die zweite Lieferung erfolgte am nächsten Tag, wobei Hubert Wi\*\*\*\*, ein Mitarbeiter der Beklagten den Empfang der Ware bestätigte und dem Ante S\*\*\*\*\* mitteilte, die Ware zur Firma P\*\*\*\*\* zu liefern, da im Lager der Beklagten kein Platz mehr frei war. Beim Entladen der Ware fielen einige Stücke auf den Boden, weil die Bananenschachteln durch den Regen aufgeweicht waren und somit dem Gewicht der Produkte nicht mehr standhielten. Ordnungsgemäße Verpackung konnte von der Firma K\*\*\*\*\* nicht mehr angeschafft werden, da sie kurz vor der Konkurseröffnung stand und deshalb keine finanziellen Mittel mehr hatte.

Diese Displays wurden in weiterer Folge nach Saudiarabien verschickt [wobei diese Weiterversendung unklar - „rätselhaft“ - geblieben ist]. Sie hätten bei der Markteinführung der Beklagten in Saudiarabien verwendet werden sollen. Tatsächlich wurden sie allerdings vom Kunden der Beklagten aufgrund der Mängel nicht verwendet. Wer von der Beklagten den Transport veranlasst hat und an welchem Tag die Ware versendet wurde bzw wann und welchen Transportmitteln ist nicht feststellbar. Feststeht allerdings, dass die Displays jetzt in Saudiarabien beim Kunden der

Beklagten gelagert sind.

In rechtlicher Hinsicht gelangte das Erstgericht zum Ergebnis, dass die gelieferten Edelstahldisplays für den Übernehmer völlig untauglich gewesen seien. Da auch eine Verbesserung oder Neuanfertigung aufgrund des Zeitdrucks und [wegen] der bei der [Produktions-]Firma K\*\*\*\*\* für diese Produktion nicht vorhandenen Maschinen nicht möglich gewesen sei, bestehe der Klagsanspruch infolge des Wandlungsrechts der Beklagten nach dem hier anzuwendenden neuen Gewährleistungsrecht nicht zu Recht. Die erfolgreiche Geltendmachung des Wandlungsrechts führe zur Auflösung des Vertrages, weshalb die Beklagte gemäß § 1435 ABGB zur Herausgabe der Displays verpflichtet wäre. Da der Klägerin aber nur die Kapitalforderung übertragen worden sei und den Rückforderungsanspruch daher nur der Vertragspartner K\*\*\*\*\* geltend machen könnte, müsse auch das Eventualbegehr abgewiesen werden. In rechtlicher Hinsicht gelangte das Erstgericht zum Ergebnis, dass die gelieferten Edelstahldisplays für den Übernehmer völlig untauglich gewesen seien. Da auch eine Verbesserung oder Neuanfertigung aufgrund des Zeitdrucks und [wegen] der bei der [Produktions-]Firma K\*\*\*\*\* für diese Produktion nicht vorhandenen Maschinen nicht möglich gewesen sei, bestehe der Klagsanspruch infolge des Wandlungsrechts der Beklagten nach dem hier anzuwendenden neuen Gewährleistungsrecht nicht zu Recht. Die erfolgreiche Geltendmachung des Wandlungsrechts führe zur Auflösung des Vertrages, weshalb die Beklagte gemäß Paragraph 1435, ABGB zur Herausgabe der Displays verpflichtet wäre. Da der Klägerin aber nur die Kapitalforderung übertragen worden sei und den Rückforderungsanspruch daher nur der Vertragspartner K\*\*\*\*\* geltend machen könnte, müsse auch das Eventualbegehr abgewiesen werden.

Das Berufungsgericht änderte das Ersturteil dahin ab, dass es die Klagsforderung mit EUR 11.340 sA als zu Recht bestehend erkannte, den Bestand der eingewendeten Gegenforderung verneinte, die Beklagte zur Zahlung dieses Betrages verpflichtete und das Mehrbegehr von EUR 6.660 sA, sowie das Eventalmehrbegehr auf Herausgabe von Waren laut Lieferschein Beilage ./C abwies. Es erachtete die Berufungsgründe der Mangelhaftigkeit des Verfahrens erster Instanz und der unrichtigen Beweiswürdigung als nicht gegeben und übernahm die erstgerichtlichen Feststellungen als das Ergebnis einer unbedenklichen Beweiswürdigung und eines mängelfreien Verfahrens; vertrat jedoch den Standpunkt, dass die Berufung aus rechtlichen Gründen teilweise berechtigt sei.

Bei Teillieferungen und Sukzessivlieferungen müsse die Ordnungsgemäßheit der Untersuchung und die Rechtszeitigkeit der Rüge nämlich für jede selbständige Teillieferung gesondert geprüft werden. Unterlasse der Käufer die Rüge einer Teillieferung so beziehe sich die Genehmigungsfiktion des § 377 Abs 2 HGB grundsätzlich (nur) auf diese Teillieferung. Nach den vom Berufungsgericht übernommenen Urteilsfeststellungen des Erstgerichtes habe die Beklagte nur die erste Teillieferung von 150 Stück [Displays] als mangelhaft gerügt, nicht aber die zweite Teillieferung am nächsten Tag. Die schriftliche Mängelrüge (Beilage ./1) sei verspätet, weil sie erst mehr als einen Monat nach Ablieferung und daher nicht mehr unverzüglich erhoben worden sei. Bei Teillieferungen und Sukzessivlieferungen müsse die Ordnungsgemäßheit der Untersuchung und die Rechtszeitigkeit der Rüge nämlich für jede selbständige Teillieferung gesondert geprüft werden. Unterlasse der Käufer die Rüge einer Teillieferung so beziehe sich die Genehmigungsfiktion des Paragraph 377, Absatz 2, HGB grundsätzlich (nur) auf diese Teillieferung. Nach den vom Berufungsgericht übernommenen Urteilsfeststellungen des Erstgerichtes habe die Beklagte nur die erste Teillieferung von 150 Stück [Displays] als mangelhaft gerügt, nicht aber die zweite Teillieferung am nächsten Tag. Die schriftliche Mängelrüge (Beilage ./1) sei verspätet, weil sie erst mehr als einen Monat nach Ablieferung und daher nicht mehr unverzüglich erhoben worden sei.

Die Stückzahl der zweiten Teillieferung nämlich 300 [Displays] ergebe sich aus dem unbestritten gebliebenen Vorbringen der Klägerin und aus den Urkunden. Die Rüge der ersten Teillieferung könne nicht zugleich als Rüge der zweiten Teillieferung gewertet werden, weil die Mängelrüge nach dem klaren Gesetzeswortlaut nach der Ablieferung und nicht schon vorher, gewissermaßen auf Verdacht zu erfolgen habe und weil die Beklagte, selbst wenn ihr Geschäftsführer mit der Rüge der ersten Teillieferung die Gesamtlieferung rügen hätte wollen, die zweite Teillieferung konsequenterweise nicht mehr hätte annehmen dürfen. Nahm er sie trotzdem an, so hätte er sie jedenfalls neuerlich rügen müssen, um Klarheit zu schaffen; aus der Mangelhaftigkeit der ersten Teillieferung lasse sich nämlich nicht zwingend auf die Mangelhaftigkeit auch der zweiten Teillieferung schließen, weil die Stücke der zweiten Teillieferung genauer gearbeitet hätten sein können. Die rügelose Annahme der zweiten Teillieferung habe daher im Umfang von 300 Stück [Displays] die Genehmigungsfiktion des § 377 Abs 2 HGB zur Folge, sodass das Klagebegehr auf Zahlung des Kaufpreises insoweit zu Recht bestehet. Der in § 378 HGB gewählte Ausnahmefall liege nicht vor. Bei drei verschiedenen Preiskategorien laut Rechnung Beilage ./G und mangels Identifizierbarkeit der ersten, gerügten Lieferung

von einer zu 150 Stück [Displays] sei zufolge der Behauptungs- und Beweislast der Klägerin bei der Berechnung des Zuspruchs von den beiden niedrigeren Preiskategorien laut Rechnung Beilage ./G auszugehen. Dies ergebe 150 mal EUR 33 = EUR 4.950 und 150 mal EUR 30 = EUR 4.500 jeweils zuzüglich 20 % USt. Die Stückzahl der zweiten Teillieferung nämlich 300 [Displays] ergebe sich aus dem unbestritten gebliebenen Vorbringen der Klägerin und aus den Urkunden. Die Rüge der ersten Teillieferung könne nicht zugleich als Rüge der zweiten Teillieferung gewertet werden, weil die Mängelrüge nach dem klaren Gesetzeswortlaut nach der Ablieferung und nicht schon vorher, gewissermaßen auf Verdacht zu erfolgen habe und weil die Beklagte, selbst wenn ihr Geschäftsführer mit der Rüge der ersten Teillieferung die Gesamtlieferung rügen hätte wollen, die zweite Teillieferung konsequenterweise nicht mehr hätte annehmen dürfen. Nahm er sie trotzdem an, so hätte er sie jedenfalls neuerlich rügen müssen, um Klarheit zu schaffen; aus der Mangelhaftigkeit der ersten Teillieferung lasse sich nämlich nicht zwingend auf die Mangelhaftigkeit auch der zweiten Teillieferung schließen, weil die Stücke der zweiten Teillieferung genauer gearbeitet hätten sein können. Die rügelose Annahme der zweiten Teillieferung habe daher im Umfang von 300 Stück [Displays] die Genehmigungsfiktion des Paragraph 377, Absatz 2, HGB zur Folge, sodass das Klagebegehren auf Zahlung des Kaufpreises insoweit zu Recht bestehe. Der in Paragraph 378, HGB gewählte Ausnahmefall liege nicht vor. Bei drei verschiedenen Preiskategorien laut Rechnung Beilage ./G und mangels Identifizierbarkeit der ersten, gerügten Lieferung von einer zu 150 Stück [Displays] sei zufolge der Behauptungs- und Beweislast der Klägerin bei der Berechnung des Zuspruchs von den beiden niedrigeren Preiskategorien laut Rechnung Beilage ./G auszugehen. Dies ergebe 150 mal EUR 33 = EUR 4.950 und 150 mal EUR 30 = EUR 4.500 jeweils zuzüglich 20 % USt.

Unzutreffend sei hingegen die darüber hinausgehende Berufungsargumentation, dass in der Weiterversendung der Ware nach Saudiarabien ein konkludenter Gewährleistungsverzicht liege. Nach dem strengen Maßstab des § 863 ABGB („kein vernünftiger Grund daran zu zweifeln“) sei dies nicht der Fall. Die Weiterversendung der Ware habe auf vielfältige andere Weise motiviert sein können, insbesondere um zu versuchen, ob der arabische Kunde die Ware trotz der Mängel annehme. Unzutreffend sei hingegen die darüber hinausgehende Berufungsargumentation, dass in der Weiterversendung der Ware nach Saudiarabien ein konkludenter Gewährleistungsverzicht liege. Nach dem strengen Maßstab des Paragraph 863, ABGB („kein vernünftiger Grund daran zu zweifeln“) sei dies nicht der Fall. Die Weiterversendung der Ware habe auf vielfältige andere Weise motiviert sein können, insbesondere um zu versuchen, ob der arabische Kunde die Ware trotz der Mängel annehme.

Die Rückabwicklung sei gemäß § 921 zweiter Satz ABGB nur die Folge, nicht die Voraussetzung der Wandlung. Eine allfällige Unmöglichkeit oder Untunlichkeit der Rückabwicklung beseitige daher den Wandlungsanspruch nicht. Daher bleibe es hinsichtlich der ersten unverzüglich gerügten Teillieferung bei der vom Erstgericht ausgesprochenen Klagsabweisung zufolge berechtigten Wandlungsbegehrens. Die Rückabwicklung sei gemäß Paragraph 921, zweiter Satz ABGB nur die Folge, nicht die Voraussetzung der Wandlung. Eine allfällige Unmöglichkeit oder Untunlichkeit der Rückabwicklung beseitige daher den Wandlungsanspruch nicht. Daher bleibe es hinsichtlich der ersten unverzüglich gerügten Teillieferung bei der vom Erstgericht ausgesprochenen Klagsabweisung zufolge berechtigten Wandlungsbegehrens.

Hinsichtlich des von der Klägerin erst unmittelbar vor Schluss der Verhandlung erhobenen Eventualbegehrens auf Herausgabe der gelieferten und nunmehr in Arabien befindlichen Edelstahlbleche sei die rechtliche Beurteilung durch das Erstgericht zutreffend. Bei dem eindeutig nur auf eine Geldforderung bezogenen Wortlaut der Zessionserklärung Beilage ./B fehle es der Klägerin an der Sachlegitimation bezüglich eines Herausgabeanspruchs. Der äußerst mögliche Wortsinn stecke die Grenze jeder zulässigen Vertragsauslegung nach § 914 ABGB ab. Das Überraschungsverbot des § 182a ZPO gehe nicht so weit, dass das Gericht die Verhandlung erstrecken müsste, um der Klägerin den Abschluss eines Rechtsgeschäfts zur Herstellung ihrer Sachlegitimation bezüglich des Eventualbegehrens zu ermöglichen (nämlich sich auch den Herausgabeanspruch nach § 921 zweiter Satz ABGB zedieren zu lassen). Hinsichtlich des von der Klägerin erst unmittelbar vor Schluss der Verhandlung erhobenen Eventualbegehrens auf Herausgabe der gelieferten und nunmehr in Arabien befindlichen Edelstahlbleche sei die rechtliche Beurteilung durch das Erstgericht zutreffend. Bei dem eindeutig nur auf eine Geldforderung bezogenen Wortlaut der Zessionserklärung Beilage ./B fehle es der Klägerin an der Sachlegitimation bezüglich eines Herausgabeanspruchs. Der äußerst mögliche Wortsinn stecke die Grenze jeder zulässigen Vertragsauslegung nach Paragraph 914, ABGB ab. Das Überraschungsverbot des

Paragraph 182 a, ZPO gehe nicht so weit, dass das Gericht die Verhandlung erstrecken müsste, um der Klägerin den Abschluss eines Rechtsgeschäfts zur Herstellung ihrer Sachlegitimation bezüglich des Eventualbegehrrens zu ermöglichen (nämlich sich auch den Herausgabebeanspruch nach Paragraph 921, zweiter Satz ABGB zedieren zu lassen).

Die ordentliche Revision gemäß § 502 Abs 1 ZPO sei zulässig, weil zu einem Fall, in dem der Käufer als Zwischenhändler die erste Teillieferung nach § 377 Abs 1 HGB gerügt, die folgende Teillieferung jedoch rügelos angenommen und beide mangelhaften Lieferungen an seinen Abnehmer ins Ausland weiterversendet hat, keine unmittelbar anwendbare höchstgerichtliche Judikatur habe aufgefunden werden können. Die ordentliche Revision gemäß Paragraph 502, Absatz eins, ZPO sei zulässig, weil zu einem Fall, in dem der Käufer als Zwischenhändler die erste Teillieferung nach Paragraph 377, Absatz eins, HGB gerügt, die folgende Teillieferung jedoch rügelos angenommen und beide mangelhaften Lieferungen an seinen Abnehmer ins Ausland weiterversendet hat, keine unmittelbar anwendbare höchstgerichtliche Judikatur habe aufgefunden werden können.

Dagegen richten sich die Revisionen beider Parteien mit Abänderungsanträgen im zur Gänze klagestattgebenden (klagende Partei) bzw klagsabweisenden, das Ersturteil wiederherstellenden Sinn (beklagte Partei).

Die Beklagte beantragt die gegnerische Revision zurückzuweisen, in eventu, ihr nicht Folge zu geben; die Klägerin begeht, der „Berufung“ der Beklagten nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision der Klägerin ist unzulässig, jene der Beklagten ist hingegen zulässig und auch berechtigt.

Zur Revision der klagenden Partei:

Die Klägerin beruft sich in ihrem Rechtsmittel allein auf die aktenwidrige Behauptung, der Vermerk „gesamte Ware kontrolliert und als in Ordnung befunden übernommen“ sei von einem Mitarbeiter der Beklagten unterfertigt worden, weshalb (auch) die erste Teillieferung uneingeschränkt (ausdrücklich oder zumindest konkludent) genehmigt worden sei.

Da die Tatsacheninstanzen insoweit jedoch ausdrücklich gegenteilige Feststellungen getroffen haben, wonach der genannte Vermerk auf dem Lieferschein Beilage ./C „nicht unterfertigt“ ist, und eine rechtzeitige telefonische Mängelrüge („noch am selben Tag“) nachgewiesen werden konnte (Seite 7 der Berufungsentscheidung), ist die Revision mangels erheblicher Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO zurückzuweisen. Da die Tatsacheninstanzen insoweit jedoch ausdrücklich gegenteilige Feststellungen getroffen haben, wonach der genannte Vermerk auf dem Lieferschein Beilage ./C „nicht unterfertigt“ ist, und eine rechtzeitige telefonische Mängelrüge („noch am selben Tag“) nachgewiesen werden konnte (Seite 7 der Berufungsentscheidung), ist die Revision mangels erheblicher Rechtsfrage iSd Paragraph 502, Absatz eins, ZPO zurückzuweisen.

Zur Revision der beklagten Partei:

Auch auf die in der Revision der Beklagten erörterte Frage, ob - wie die Revisionswerberin (entgegen der Auffassung des Berufungsgerichtes) meint - hier ohnehin ein Mangel vorlag, der seiner Art nach notwendigerweise beide selbständigen Lieferetappen betreffen musste, sodass eine Bezeichnung der einzelnen Lieferung in der Rüge (SZ 56/146 = RIS-Justiz RS0062598) bzw eine neuerliche Rüge nach der am nächsten Tag übermittelten zweiten „Etappenlieferung“ gar nicht erforderlich war, weil aus der gerügten Mängelhaftigkeit zwingend auch die Mängelhaftigkeit der übrigen Teillieferung abgeleitet werden konnte, und diese Konnexität für den Käufer auch ersichtlich war (Kramer in Straube<sup>3</sup> §§ 377, 378 HGB Rz 37 mwN), ist hier nicht näher einzugehen. Auch auf die in der Revision der Beklagten erörterte Frage, ob - wie die Revisionswerberin (entgegen der Auffassung des Berufungsgerichtes) meint - hier ohnehin ein Mangel vorlag, der seiner Art nach notwendigerweise beide selbständigen Lieferetappen betreffen musste, sodass eine Bezeichnung der einzelnen Lieferung in der Rüge (SZ 56/146 = RIS-Justiz RS0062598) bzw eine neuerliche Rüge nach der am nächsten Tag übermittelten zweiten „Etappenlieferung“ gar nicht erforderlich war, weil aus der gerügten Mängelhaftigkeit zwingend auch die Mängelhaftigkeit der übrigen Teillieferung abgeleitet werden konnte, und diese Konnexität für den Käufer auch ersichtlich war (Kramer in Straube<sup>3</sup> Paragraphen 377, 378 HGB Rz 37 mwN), ist hier nicht näher einzugehen.

Beide am gegenständlichen Vertragsverhältnis beteiligten Parteien sind Handelsgesellschaften. Es liegt daher ein beidseitiges Handelsgeschäft vor. Nach § 381 Abs 2 HGB finden die kaufrechtlichen Bestimmungen der §§ 373 ff HGB, insbesondere die durch § 377 HGB normierte kaufmännische Untersuchungs- und Rügeobligieheit, auch auf den

Werklieferungsvertrag Anwendung (RIS-Justiz RS0021704 ua; zuletzt: 5 Ob 142/04z mwN). Das Recht des Handelskaufes gilt somit auch für einen Vertrag, nach dem - wie hier - aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoff eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist (§ 381 Abs 2 HGB, Kramer in Straube3 § 381 HGB Rz 4 f mwN). Beide am gegenständlichen Vertragsverhältnis beteiligten Parteien sind Handelsgesellschaften. Es liegt daher ein beidseitiges Handelsgeschäft vor. Nach Paragraph 381, Absatz 2, HGB finden die kaufrechtlichen Bestimmungen der Paragraphen 373, ff HGB, insbesondere die durch Paragraph 377, HGB normierte kaufmännische Untersuchungs- und Rügeobligiegenheit, auch auf den Werklieferungsvertrag Anwendung (RIS-Justiz RS0021704 ua; zuletzt: 5 Ob 142/04z mwN). Das Recht des Handelskaufes gilt somit auch für einen Vertrag, nach dem - wie hier - aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoff eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist (Paragraph 381, Absatz 2, HGB, Kramer in Straube3 Paragraph 381, HGB Rz 4 f mwN).

Der vorliegende Werklieferungsvertrag ist also den §§ 377, 378 HGB zu unterstellen, wonach der Käufer, wenn ihm eine andere als die bedungene Ware geliefert wird, dies sofort zu rügen hat, widrigenfalls die Ware als genehmigt gilt, außer die gelieferte Ware weicht offensichtlich so erheblich von der Bestellung ab, dass der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten musste (§ 378 HGB). Von einem nicht genehmigungsfähigen aliud kann nur dann gesprochen werden, wenn die gelieferte Ware mit der bestellten gar nichts gemein hat und offensichtlich für den Zweck des Käufers ohne Bedeutung ist. Die Verschiedenheit der bestellten von der gelieferten Ware muss nach ihrer Beschaffenheit so erheblich sein, dass bei vernünftiger Auffassung der Sachlage ein Kaufmann mit dieser Ware einen Versuch, den Vertrag zu erfüllen, nicht machen würde und von dem Käufer ein Behalten der Ware als Vertragserfüllung nicht erwartet werden kann (RIS-Justiz RS0062694; zuletzt: 5 Ob 142/04z). Der vorliegende Werklieferungsvertrag ist also den Paragraphen 377, 378 HGB zu unterstellen, wonach der Käufer, wenn ihm eine andere als die bedungene Ware geliefert wird, dies sofort zu rügen hat, widrigenfalls die Ware als genehmigt gilt, außer die gelieferte Ware weicht offensichtlich so erheblich von der Bestellung ab, dass der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten musste (Paragraph 378, HGB). Von einem nicht genehmigungsfähigen aliud kann nur dann gesprochen werden, wenn die gelieferte Ware mit der bestellten gar nichts gemein hat und offensichtlich für den Zweck des Käufers ohne Bedeutung ist. Die Verschiedenheit der bestellten von der gelieferten Ware muss nach ihrer Beschaffenheit so erheblich sein, dass bei vernünftiger Auffassung der Sachlage ein Kaufmann mit dieser Ware einen Versuch, den Vertrag zu erfüllen, nicht machen würde und von dem Käufer ein Behalten der Ware als Vertragserfüllung nicht erwartet werden kann (RIS-Justiz RS0062694; zuletzt: 5 Ob 142/04z).

In diesem Sinne wurde etwa die Bestellung der Herstellung einer Scheindecke aus einem bestimmten Material (Glanzklasse) mit konkreter Angabe der speziellen Artikelnummer, wobei zwischen den Parteien (insbesondere bei der Vorlage des Musters) auch die Verwendung eines anderen Materials besprochen worden war, dahin qualifiziert, die dortige Beklagte habe dadurch, dass sie sich zwischen mehreren Materialien für ein bestimmtes entschieden habe, eindeutig klargelegt, dass sie nur dieses als Erfüllung akzeptieren wolle. Lieferte nun die dortige Klägerin dennoch das zwar Gegenstand der Verhandlung gewesene, aber ausdrücklich nicht bestellte Material, ohne dies vorher mit der Beklagten abzusprechen, so handle es sich um die Lieferung eines aliuds, von dem sie im Hinblick auf die Wünsche der Beklagten nicht habe ausgehen können, dass diese die Ware als Erfüllung annehmen würde (5 Ob 142/04z).

Diese Entscheidung erscheint mit dem hier zu beurteilenden Sachverhalt durchaus vergleichbar.

Geht man nach den getroffenen Feststellungen davon aus, dass hier ein Muster „Vertragsgegenstand“ war und ausdrücklich vereinbart wurde, dass die Fertigung der Displays „genauso“ zu erfolgen hatte, wie bei dem Muster, „also CNC-gebogen und mit Laser geschnitten“, so hat die Beklagte damit nämlich eindeutig klargelegt, dass sie nur diese Art der Herstellung als Erfüllung akzeptieren wolle. Hat die Firma K\*\*\*\*\* (die gar nicht über die Ausrüstung für Laser-Schnitte verfügte) nun Displays geliefert, die mit einer Schlagschere geschnitten und händisch gebogen bzw gebohrt worden waren, weshalb sie nicht die Präzision des Musters aufwiesen, die Löcher teilweise zu groß und teilweise zu klein waren, und berücksichtigt man weiters, dass die Plastikteile entweder hineingeklopft oder mit einem Superkleber verleimt wurden, wodurch der Zweck dieser Löcher vereitelt wurde, weil man nun die Uhren nicht mehr befestigen und auch nicht mehr variabel verschieben konnte, so handelte es sich um die Lieferung eines aliuds; wobei die Produzentin im Hinblick auf die Wünsche der Beklagten nicht davon ausgehen konnte, dass diese die Ware als Erfüllung annehmen würde:

War doch die gelieferte Ware, die dem übergebenen Muster in keinem der ausdrücklich vereinbarten Punkte entsprach, iSd vom Geschäftsführer der Beklagten erhobenen telefonischen Mängelrügen für den Verwendungszweck [völlig]

„untauglich“, weil man die zu präsentierenden Uhren auf den hergestellten Displays nicht [einmal] befestigen und auch nicht variabel verschieben konnte.

Die Lieferung stellt daher ein nicht genehmigungsfähiges Aliud dar, sodass die Beklagte gar nicht zur Rüge im Sinne der §§ 377 f HGB verpflichtet war. Bei Lieferung eines nicht genehmigungsfähigen Aliuds ist der Vertrag sohin auch bei nicht sofortiger Rüge durch die Beklagte nicht erfüllt, die Rechtsfolgen sind daher nicht nach Gewährleistungsgrundsätzen, sondern nach den allgemeinen Bestimmungen über entgeltliche Verträge und Geschäfte nach §§ 918 ff ABGB zu beurteilen (RIS-Justiz RS0018249; zuletzt: 5 Ob 142/04z). Dies bedeutet, dass der Käufer entweder auf Erfüllung dringen, oder vom Vertrag zurücktreten kann. Da ein Entgeltanspruch für die Aliud-Lieferung mangels Erfüllung jedenfalls nicht besteht (5 Ob 142/04z), kam dem Hauptbegehr der Klägerin schon aus diesem Grund keine Berechtigung zu. Die Lieferung stellt daher ein nicht genehmigungsfähiges Aliud dar, sodass die Beklagte gar nicht zur Rüge im Sinne der Paragraphen 377, f HGB verpflichtet war. Bei Lieferung eines nicht genehmigungsfähigen Aliuds ist der Vertrag sohin auch bei nicht sofortiger Rüge durch die Beklagte nicht erfüllt, die Rechtsfolgen sind daher nicht nach Gewährleistungsgrundsätzen, sondern nach den allgemeinen Bestimmungen über entgeltliche Verträge und Geschäfte nach Paragraphen 918, ff ABGB zu beurteilen (RIS-Justiz RS0018249; zuletzt: 5 Ob 142/04z). Dies bedeutet, dass der Käufer entweder auf Erfüllung dringen, oder vom Vertrag zurücktreten kann. Da ein Entgeltanspruch für die Aliud-Lieferung mangels Erfüllung jedenfalls nicht besteht (5 Ob 142/04z), kam dem Hauptbegehr der Klägerin schon aus diesem Grund keine Berechtigung zu.

Dem Eventualbegehr auf Herausgabe der gelieferten Ware fehlt hingegen schon mangels Zession eines allfälligen Herausgabeanspruches an die Klägerin, die der Verneinung ihrer diesbezüglichen Sachlegitimation im Revisionsverfahren nicht mehr entgegengetreten ist, die Grundlage.

Es ist daher das erstinstanzliche Urteil wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung hinsichtlich des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf §§ 50, 41 ZPO. Die Beklagte hat auf die Unzulässigkeit der gegnerischen Revision hingewiesen. Die Kostenentscheidung hinsichtlich des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf Paragraphen 50., 41 ZPO. Die Beklagte hat auf die Unzulässigkeit der gegnerischen Revision hingewiesen.

**Textnummer**

E78017

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2005:0070OB00295.04I.0711.000

**Im RIS seit**

10.08.2005

**Zuletzt aktualisiert am**

03.05.2012

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)